

Beantwoording rechtsvraag (152) privaatrecht

Citation for published version (APA):

de Groot, G-R. (1985). Beantwoording rechtsvraag (152) privaatrecht. *Ars Aequi*, 154-160.

Document status and date:

Published: 01/01/1985

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Rechtsvragen

Beantwoording rechtsvraag (152) privaatrecht

Mr. Gerard-René de Groot

Vraag

De 28-jarige gastarbeider Mehmet Müsteri werkt reeds zes jaar in Nederland. Gedurende die jaren woonde hij in een pension. Langzamerhand is hij het pensionleven beu. Hetzelfde geldt voor twee van zijn vrienden, de broers Ali en Barbaros Arkadaş. Van een Nederlandse collega hoort Mehmet, dat bij makelaar Jansen een drie kamers tellend appartement in een oude stadswijk te koop is. De koopprijs blijkt dusdanig te zijn, dat de door Mehmet te betalen hypotheekrente nauwelijks hoger is dan de pensionsprijs, die hij nu moet betalen. Enthousiast besluit Mehmet het appartement te kopen en ondertekent bij de makelaar een voorlopig koopcontract. Dit contract wordt tevens ondertekend door de eigenaresse van het appartement, mevr. Pietersen. Afsproken wordt, dat de transportakte binnen dertig dagen zal worden verleden en het appartement binnen een maand na de eigendomsoverdracht door mevr. Pietersen zal worden ontruimd. Mehmet spreekt met Ali en Barbaros af, dat beide van hem één kamer in zijn nieuwe appartement zullen huren. Reeds enkele dagen na het ondertekenen van het voorlopig koopcontract komen er echter onverwachte problemen op.

De eigenaars van de andere in de desbetreffende flat gelegen appartementen blijken niet bepaald enthousiast te reageren op het nieuws, dat mevr. Pietersen haar appartement heeft verkocht aan Mehmet. Mehmet ontvangt een aangetekende brief van de administrateur van de Vereniging van Eigenaars, waarin deze hem er op attendeert, dat hij niet zondermeer naar het door hem gekochte appartement mag verhuizen, daar voor het onderhavige flatgebouw ex art. 875e lid 1 sub d BW het modelreglement van de Notariële Broederschap inclusief annex 1 van toepassing is verklaard. Dit impliceert, dat het appartement pas mag worden bewoond door personen, die daartoe toestemming hebben gekregen van de vergadering van eigenaars. Mehmet wendt zich direct daarop schriftelijk tot de vergadering van eigenaars met het verzoek toestemming tot bewoning te krijgen.

Nog voordat de transportakte is verleden, besluit de vergadering van eigenaars om Mehmet als medebewoner te weigeren. De administrateur deelt Mehmet mee, dat de vergadering van mening is, dat van de overige bewoners naar redelijkheid en billijkheid niet kan worden verlangd, dat zij Mehmet in hun midden opnemen. De vergadering wijst er op, dat het permanent beleid van de vergadering is om geen ongehuwde volwassenen jonger dan dertig als bewoner te accepteren. Verder is het de vergadering ter ore gekomen, dat Mehmet twee

kamers van zijn appartement aan andere gastarbeiders wil verhuren. De vergadering constateert, dat geen enkele andere appartementseigenaar kamers heeft verhuurd en acht het voornemen van Mechmet in hoge mate onwenselijk voor het 'niveau' van de flat. Tenslotte heeft de vergadering twijfels over de financiële situatie van Mechmet. De vergadering vreest, dat Mechmet niet in staat is zijn financiële verplichtingen jegens de Vereniging van Eigenaars na te komen.

Mechmet legt de opgetreden problemen in eerste instantie voor aan makelaar Jansen en mevr. Pietersen. Deze stellen zich op het standpunt, dat deze problemen hen niet aangaan. Mevr. Pietersen wenst, dat de eigendoms-overdracht binnen de afgesproken termijn gewoon door gaat. Zij raden Mechmet aan juridisch advies in te winnen. Mechmet weet toevallig, dat U rechten studeert en vertelt U zijn problemen.

Antwoord

1 Enkele vooropmerkingen

Rechtsvraag 152 heeft betrekking op het appartementsrecht, een beperkt zakelijk genotsrecht, dat in rechtspraak en literatuur slechts zelden in het voetlicht staat. Hieruit zou men op het eerste gezicht wellicht kunnen concluderen, dat het appartementsrecht een maatschappelijk onbelangrijk rechtsgebied is of zo simpel en overzichtelijk is geconstrueerd, dat dit terrein juridisch oninteressant is.

Het tegendeel is echter waar: een behoorlijk gedeelte van de totale Nederlandse woningvoorraad bestaat uit woningen, die juridisch in de vorm van appartementsrechten zijn gegoten. Vooral in de grote steden vinden we veel appartementsrechten. In kamerstuk 16781, nr. 8 (Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1981-1982) kunnen we lezen, dat in Rotterdam per 1 januari 1980 13,1% van de totale woningvoorraad uit appartementen bestaat (30.987 woningen); in Amsterdam waren op diezelfde datum 20.029 appartementen, te weten 6,6% van de totale woningvoorraad.

Zowel absoluut als relatief gezien neemt het aantal appartementen ook nog toe. Van de vooroorlogse woningvoorraad is in Rotterdam, 11,7% en in Amsterdam 5,9% in appartementen gesplitst. Voor de naoorlogse bebouwing zijn deze cijfers voor deze beide grote steden respectievelijk 14,9 en 8,1%.

Uit juridisch perspectief is het appartementsrecht ook allerm minst oninteressant. Het appartementsrecht is een hybride figuur; het is tegelijkertijd een beperkt zakelijk genotsrecht en een vorm van mede-eigendom, terwijl het voorts nauwe banden met het verenigingsrecht heeft. Eén en ander bewerkstelligt, dat de structuur van de wettelijke regeling van het appartementsrecht zo complex

is, dat vele juristen er kennelijk van terugschrikken om zich theoretisch met dit rechtsgebied bezig te houden. Dit blijkt ook weer uit het geringe aantal antwoorden, dat ik op de onderhavige rechtsvraag mocht ontvangen: er waren tot mijn spijt slechts drie inzenders.

De hier te beantwoorden rechtsvraag toont aan, dat het appartementsrecht juist vanwege zijn complexe structuur niet slechts tal van ingewikkelde juridisch-technische vragen oproept, maar ook problemen oplevert, die van meer principiële aard zijn en zonder meer de moeite van een academische bestudering waard zijn. Het probleem, dat hier centraal staat, is dat van de zogenaamde welstandsbepalingen, die het onder omstandigheden mogelijk maken, dat een nieuwe appartementseigenaar het door hem verworven appartement niet mag betrekken, omdat de overige appartements-eigenaars bezwaar hebben tegen zijn komst. In onze casus wordt Mechmet Münsteri met zulke welstandsbepalingen geconfronteerd.

Hierna zal allereerst worden nagegaan, welke juridische mogelijkheden Mechmet heeft om te bewerkstelligen, dat hij toch het door hem gekochte appartement kan betrekken. Na de concrete 'oplossing' van de casus zullen we bij de positiefrechtelijke regeling van de welstandsbepalingen enkele kritische kanttekeningen plaatsen.

2 De problemen van Mechmet Münsteri

Zoals zoëven al werd gesteld, is Mechmet geconfronteerd met de problematiek van de welstandsbepalingen bij appartementsrechten. De mogelijkheid tot het hanteren van welstandsbepalingen wordt geopend door de laatste zin van art. 875f lid 4 BW (= art. 5.10.1.5 lid 4 NBW). Dit artikel bepaalt:

'Het reglement kan inhouden een regeling omtrent het gebruik, het beheer en het onderhoud van de gedeelten die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Een zodanige regeling kan inhouden dat de vergadering van eigenaars bevoegd is een appartements-eigenaar of degene die zijn rechten uitoefent, om nader in het reglement aangegeven gewichtige redenen het gebruik van deze gedeelten te ontfeggen.'

Het 'reglement', waarover art. 875f lid 4 BW spreekt, is het reglement van splitsing. Dit reglement van splitsing is wel eens de 'Grondwet' van een in appartementen gesplitst gebouw genoemd. Het is op zijn plaats om allereerst even in te gaan op dit reglement, alvorens de welstandsbepalingen nader onder de loep te nemen. Volgens art. 875d BW (= art. 5.10.1.2 NBW) geschiedt de splitsing in appartementsrechten door overschrijving van een daartoe strekkende notariële akte in de openbare registers. Deze notariële akte, de

zogenaamde akte van splitsing, moet inhoudelijk aan bepaalde vereisten voldoen. Deze vereisten worden in art. 875e BW (art. 5.10.1.4 NBW) opgesomd. De akte moet de ligging van het te splitsen gebouw vermelden, een nauwkeurige omschrijving der afzonderlijke appartementen geven enzovoort. De belangrijkste eis is echter, dat de akte van splitsing een reglement moet bevatten. De verplichte en facultatieve inhoud van dit 'reglement van splitsing' wordt vervolgens in art. 875f BW (= art. 5.10.1.5 NBW) beschreven. We laten na om op deze plaats de tekst van dat artikel te parafrazeren; voor details zij verwezen naar een wetseditie. Een van de belangrijkste verplichte onderdelen van het reglement van splitsing zij evenwel uitdrukkelijk vermeld: art. 875f lid 1 sub e BW schrijft de oprichting van een Vereniging van Eigenaars voor, die ten doel heeft het behartigen van gemeenschappelijke belangen van appartementseigenaars. Het reglement van splitsing moet de tekst van de statuten van deze Vereniging van Eigenaars bevatten.

We resumeren nu even: de splitsing geschiedt door akte van splitsing, in deze akte moet ondermeer het reglement van splitsing worden opgenomen, waarin zich ondermeer de statuten van de Vereniging van Eigenaars bevinden. Gezien de wettelijke eisen is het opstellen van een reglement van splitsing geen eenvoudige aangelegenheid: al met al is zo'n reglement een indrukwekkend opusculum. Het zal geen verbazing wekken, dat het notariaat modelreglementen heeft ontwikkeld. In art. 875e lid 1 sub d BW (art. 5.10.1.4 sub d NBW) wordt zelfs uitdrukkelijk naar dit modelreglement verwezen. Ter ontlasting van de grijze cellen van de notariële tekstverwekkers spreekt die bepaling over een 'reglement, waartoe geacht wordt te behoren de bepalingen van een nauwkeurig aangeduid modelreglement dat is overgeschreven in de openbare registers.' Er zijn twee verschillende modelreglementen gepubliceerd: een 'algemeen' model bij splitsing in appartementsrechten en een model bij splitsing van een serviceflat in appartementsrechten. Bij beide modelreglementen is een annex, die een variatie op de reglementen bevat, voor het geval men het gebruik van privégedeelten afhankelijk wil stellen van de toestemming van de vergadering van eigenaars: een annex met welstandsbepalingen dus.

Willen we de kansen van Mechmet Müsteri uit de onderhavige casus kunnen beoordelen dan is het interessant te bekijken, wat exact in deze annex staat. De thans gehanteerde versie van het algemene modelreglement en annex is in november 1983 door de Notariële Broederschap gepubliceerd. In art. 28a van de annex wordt bepaald:

'De verkrijger is verplicht toestemming van de vergadering te vragen alvorens het privégedeelte zelf in gebruik te nemen dan wel een ander als gebruiker daarvan toe te laten.' Deze verplichting krijgt nader profiel door art. 24a:

'1 Teneinde de toestemming van de vergadering te verkrijgen zal de gegadigde zich schriftelijk wenden tot het bestuur, onder verstrekking van alle verlangde gegevens, welke dienstig zijn ter beoordeling van de gegadigde en zijn huisgenoten.

2 Het bestuur is verplicht binnen veertien dagen na de ontvangst van de in het vorige lid bedoelde brief een vergadering bijeen te roepen, waarin over de toelating van de gegadigde wordt beslist. Indien de vergadering de toelating weigert, wordt de gemotiveerde beslissing door het bestuur aan de betrokkene meegedeeld.

3 De vergadering zal de gegadigde slechts mogen weigeren, indien naar redelijkheid en billijkheid van de overige bewoners niet kan worden verlangd dat zij de gegadigde in hun midden opnemen en wanneer niet is voldaan aan het bepaalde in artikel 24 eerste lid.'

Nog steeds kan ik me herinneren, dat ik een tiental jaren geleden voor de eerste keer deze bepaling las: naar aanleiding van een aan mij voorgelegd praktijkgeval moest ik uitzoeken hoe de 'gewichtige redenen' uit art. 875f lid 4 BW in het modelreglement nader werden ingekleurd en werd geconfronteerd met de vaagheid van de 'redelijkheid en billijkheid'. Is het immers niet — eufemistisch geformuleerd — verbazingwekkend, dat een gewichtige reden nader wordt geconcretiseerd door een verwijzing naar zo'n vage norm als de redelijkheid en billijkheid?

Maar nu terug naar Mechmet Müsteri. Nu voor het onderhavige flatgebouw ex art. 875e lid 1 sub d BW het modelreglement van de Notariële Broederschap inclusief annex 1 van toepassing is verklaard, heeft de vergadering van eigenaars in beginsel de mogelijkheid om Mechmet als medebewoner te weigeren, indien naar redelijkheid en billijkheid van de overige bewoners niet kan worden verlangd, dat zij hem in hun midden opnemen. In het geval van Mechmet concretiseert de vergadering deze 'redelijkheid en billijkheid' op drie verschillende manieren:

- 1 zij wensen geen ongehuwde volwassenen beneden de dertig jaar in hun flatgebouw;
- 2 zij achten het in hoge mate onwenselijk dat een appartementseigenaar kamers verhuurd en
- 3 zij hebben twijfels over de financiële situatie van Mechmet.

Tegen een weigering van de vergadering van eigenaars om toestemming tot gebruik te geven in de

zin van art. 875f lid 4 BW is conform art. 875o lid 1 BW (= art. 5.10.1.15 lid 1 NBW) beroep op de kantonrechter mogelijk:

'In alle gevallen waarin een appartementseigenaar voor het verrichten van een bepaalde handeling met betrekking tot de gedeelten die niet bestemd zijn als afzonderlijk geheel gebruikt te worden en, in het geval van een beding als bedoeld in artikel 875f, vierde lid, met betrekking tot gedeelten die bestemd zijn als afzonderlijk geheel gebruikt te worden, medewerking of toestemming behoeft van een of meer andere appartementseigenaars, van de Vereniging van Eigenaars of van haar organen, of waarin de vereniging of haar organen voor het verrichten van zodanige handeling toestemming behoeven van een of meer appartementseigenaars, kan die medewerking of toestemming op verzoek van degenen die haar behoeft, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied het gebouw of het grootste gedeelte daarvan is gelegen. De machtiging kan worden verleend, indien de medewerking of toestemming zonder redelijke grond wordt geweigerd of degenen die haar moet geven zich niet verklaart.'

Als een vergadering van eigenaars dus toestemming tot ingebruikneming weigert, kan de kantonrechter in plaats daarvan zijn machtiging geven, indien de weigering *zonder redelijke grond* is gegeven. We zien hier een opeenstapeling van drie vage normen: gewichtige redenen (art. 875f lid 4 BW), redelijkheid en billijkheid (art. 24a lid 3 annex modelreglement) en zonder redelijke grond (art. 875o lid 1 BW).

De kantonrechter mag machtigen, indien hij van oordeel is dat de vergadering van eigenaars zonder redelijke grond heeft geconcludeerd, dat een gewichtige reden tot weigeren aanwezig was, zodat de betrokkene naar redelijkheid en billijkheid niet in het midden van de overige appartementseigenaars kan worden opgenomen! Het is evident, dat het in het 'licht' van dergelijke vaagheden voor een justiciabele nagenoeg onmogelijk is om ook maar enigszins zicht te krijgen op de kansen, dat hij uit een eventueel proces als winnaar te voorschijn komt.

In *Pitlo/Brahn*, Het Zakenrecht, 8ste druk, Arnhem 1980, pp. 391-394 heb ik niettemin een poging gewaagd om aan te geven, hoe een kantonrechter in het perspectief van art. 875o BW weigeren zou moeten toetsen. De hoofdpunten van dat betoog wil ik hier samenvatten. In de eerste plaats zou de vraag kunnen opkomen, of de gewichtige redenen van art. 875f lid 4 NBW in het reglement voldoende worden geconcretiseerd door de referte aan de redelijkheid en billijkheid. Ik twijfel daarover, maar persisteer voorlopig bij mijn betoog in *Pitlo/Brahn*, dat een dergelijke vage norm is toegestaan, daar het vrijwel ondoenlijk is om alle omstandigheden op te som-

men, die gewichtige redenen zouden kunnen opleveren om bewoning te weigeren. Wel moet men mijns inziens eisen, dat de vergadering van eigenaars bij een weigering zo precies mogelijk aangeeft, waarom niet kan worden gevergd, dat de appartementseigenaars de betrokkene in hun midden opnemen. De vergadering dient aan te geven, waarom het leefpatroon van de nieuwe eigenaar dusdanig is, dat toestemming niet kan worden gegeven. De motivering dient mijns inziens 'ad personam' te zijn, men moet de argumenten concentreren op de persoon en de daden van degene, die het appartement wenst te gebruiken.

Een vergadering mag derhalve geen algemene criteria hanteren: deze kunnen hoogstens een hulpmiddel zijn om tot een oordeel over de aspirant-bewoner te komen. Indien de hier verdedigde 'ad personam'-afwijzing ontbreekt, mag de kantonrechter mijns inziens zijn vervangende machtiging geven: de weigering is dan zonder redelijke grond.

Indien er wel sprake is van een 'ad personam'-weigering zal de rechter moeten nagaan, of de aangegeven weigeringsgronden in redelijkheid als gewichtige redenen kunnen worden beschouwd. Daarbij zal hij eerst moeten objectiveren en daarna subjectiveren: primair zal hij moeten overwegen of *men* in redelijkheid tot de conclusie kan komen, dat een bepaalde grond gewichtig genoeg is om toestemming tot gebruik te weigeren, vervolgens zal hij moeten overwegen of *deze* groep appartementseigenaars in redelijkheid kan menen, dat *voor hen* de aangegeven grond een gewichtige reden tot weigeren oplevert.

Laten we bezien, hoe de objectieve toetsing in het geval van Mechmet Münsteri zou kunnen uitvallen. De vergadering van eigenaars heeft de redelijkheid en billijkheid in het geval van Mechmet immers op drieërlei wijze ingekleurd. Terzijde zij opgemerkt, dat de weigeringsgronden in de onderhavige casus niet uit mijn duim kwamen, doch lichte variaties op mij bekende praktijkgevallen zijn.

Het wil me voorkomen, dat het feit, dat iemand een ongehuwde volwassene beneden de dertig is, geen gewichtige grond is om een persoon als bewoner te weigeren. De achtergrond van een dergelijk criterium is naar ik aanneem, dat zulke personen in de regel 'onrustig' zijn en daardoor hinder opleveren voor de burens. Maar zo'n criterium werkt als een botte bijl: er zijn vele rustige ongehuwde volwassenen jonger dan 30 jaar. Hen toestemming tot bewoning te weigeren door op hun

burgerlijke staat en geboortedatum te wijzen levert geen gewichtige grond op. Bij de serviceflats wordt trouwens soms anders gedacht over het hanteren van leeftijdsgrenzen. Verwezen zij naar de discussie tussen Schenk, Smarius en de Groot in *WPNR* 5570.

Evenmin kan het kennelijke voornemen om kamers te verhuren een gewichtige reden tot weigering opleveren. Voorzover van te voren vaststaat, wie tesamen met de nieuwe appartementseigenaar het appartement zullen betrekken, mag de vergadering van eigenaars op grond van art. 24a lid 1 annex modelreglement wel gegevens over die andere personen eisen, alvorens de beslissing over de toestemming wordt genomen. In dat geval mag de toestemming ook worden geweigerd op gronden, die betrekking hebben op die andere personen. Ik ga er bij deze redenering van uit, dat in zulke gevallen kan worden gesproken van 'huisgenoten' in de zin van art. 24a annex. Mocht geen sprake zijn van 'huisgenoten', dan is art. 24 annex van toepassing. Dat artikel bepaalt, dat een eigenaar zijn privégedeelte aan een ander in gebruik mag geven, mits hij ervoor zorgt 'dat die ander het gebruik slechts verkrijgt na ondertekening en afgifte aan het bestuur van een in duplo opgemaakte en gedagtekende verklaring dat hij de bepalingen van het reglement en het huishoudelijk reglement, alsmede een besluit als bedoeld in artikel 876c van het Burgerlijk Wetboek, voorzover die op een gebruiker betrekking hebben, zal naleven'. Bovendien is volgens lid 2, van art. 24 annex vereist, dat de vergadering van eigenaars haar toestemming tot ingebruikneming verleent. Ook zulke 'huurders' moeten dus op de wijze van art. 24a annex worden geballoteerd.

Weliswaar spreekt art. 24 (in navolging van art. 875m BW) over in gebruik geven aan 'een ander', maar ik zie geen redenen om deze bepaling niet toepasselijk te achten, indien een appartementseigenaar een gedeelte van zijn appartement aan meerdere personen in gebruik geeft. Wel zou het feit, dat een appartementseigenaar zijn appartement aan te veel personen wil verhuren, c.q. in gebruik wil geven onder omstandigheden een gewichtige reden tot weigering kunnen opleveren, als de indeling van het appartement niet geschikt is voor gebruik door zoveel personen. In extreme gevallen is ook denkbaar, dat de aard van een flat (bijvoorbeeld serviceflat) zich tegen de verhuur van kamers verzet. In het geval van Mehmet Müsteri moet echter de weigering op grond van de voorgenomen kamerverhuur worden verworpen. Wel is het op zijn plaats om Mehmet te attenderen op het feit, dat de vergadering hetzij direct gegevens wenst over zijn vrienden,

of dat zijn vrienden zelfstandig toestemming tot bewoning dienen te vragen.

Tenslotte twijfelt de vergadering van eigenaars over Mehmet's financiën. Mijs inziens leveren dergelijke twijfels evenmin gewichtige redenen tot weigeren op. Allereerst is het uiteraard bedenkelijk om 'twijfels' als 'gewichtige redenen' te kwalificeren. Maar nog andere redenen pleiten tegen een dergelijke qualificatie.

'Mehmet's flat' wijst erop, dat Mehmet wellicht zijn financiële verplichtingen jegens de Vereniging van Eigenaars niet zal kunnen nakomen (gedoeld wordt ondermeer op de schulden en kosten die ingevolge wet of reglement voor rekening van de gezamenlijke appartementseigenaars komen en waaraan iedere appartementseigenaar moet bijdragen; vergelijk art. 875g BW; art. 5.10.1.6 NBW). Dit trouwens door vele appartementenflats ter verdediging van welstandsbepalingen gehanteerde argument is mijs inziens eveneens ondeugdelijk. De bedoelde financiële verplichtingen rusten primair op de eigenaar; de welstandsbepalingen richten zich echter tegen de bewoner en dit behoeven niet dezelfde personen te zijn. Bovendien is dit financiële argument ook niet sterk, omdat art. 1185 sub 8 BW en art. 3.10.3.6 NBW de Vereniging van Eigenaars een hoog privilege op het appartementsrecht van een niet betalende appartementseigenaar geven. In zoverre geeft de wet dus al een zekere garantie voor het nakomen van financiële verplichtingen. Nu kan dit privilege weliswaar niet opboksen tegen een eventueel op het appartementsrecht rustende hypotheek, maar de Vereniging van Eigenaars hoeft voor het hebben van grotere financiële zekerheid nog niet naar de welstandsbepalingen te grijpen. Zij zouden evengoed voor eventuele toekomstige vorderingen op een appartementseigenaar een hypotheekrecht op diens appartement kunnen vestigen. Het op deze grond hanteren van welstandsbepalingen is oneigenlijk.

Uit het voorgaande volgt, dat de kantonrechter mijs inziens vervangende machtiging tot in gebruik neming kan geven, indien Mehmet zijn zaak ex art. 875o BW aan de kantonrechter kan voorleggen.

De vorige zin is echter opzettelijk in de potentialis gesteld. Mehmet kan de kantonrechter namelijk nog niet om vervangende machtiging vragen. Het appartementsrecht is immers nog niet aan hem geleverd: hij is dus nog geen appartementseigenaar. Pas als appartementseigenaar kan hij toestemming tot gebruik vragen, pas dan kan de vergadering definitief tot weigering besluiten en

daarna pas kan die weigering aan de kantonrechter worden voorgelegd. Deze constructie is er waarschijnlijk ook debet aan, dat de problematiek van art. 875f lid 4 BW vrijwel nooit de rechter bereikt. Mechmet zal zich het appartement dus eerst door mevr. Pietersen moeten laten leveren. Hij doet er dan verstandig aan om in de transportakte een ontbindende clausele te laten opnemen, voor het geval hem geen toestemming tot gebruik wordt gegeven. *Asser/Beekhuis*, Zakenrecht, Bijzonder Deel, elfde druk, 1983, p. 329 wijst op de taak van een notaris in dit kader. Ik zou willen stellen dat een notaris zijn ambtsplicht zou schenden, indien hij niet een dergelijke ontbindende clausele zou adviseren, wanneer hij constateert dat voor een appartement welstandsbepalingen gelden. In het onderhavige geval is een bijkomend probleem, dat de desbetreffende clausele niet in de voorlopige koopakte staat. Strikt genomen is mevr. Pietersen derhalve niet verplicht om een ontbindende clausele met de bedoelde strekking in de transportakte te laten opnemen. Mocht mevr. Pietersen zulks weigeren, dan zit er voor Mechmet niets anders op dan — zoals één der inzenders terecht opmerkte — het voorlopig koopcontract wegens dwaling te laten ontbinden. Het zou te ver gaan om op deze plaats ook nog de gehele dwalingsproblematiek en detail te bespreken. Nu Mechmet het appartement echter duidelijk voor eigen bewoning heeft gekocht, lijkt zo'n beroep op dwaling echter goede kans van slagen te hebben.

3 Enkele kritische kanttekeningen

Het is niet moeilijk om bij de positiefrechtelijke regeling van de welstandsbepalingen in het appartementsrecht kritische kanttekeningen te plaatsen.

Aansluitend bij het betoog van de vorige alinea zij er in elk geval op gewezen, dat het zeer onbevredigend is, dat tegen een (vermoedelijke) weigering pas na levering in rechte kan worden opgetreden. Het zou wenselijk zijn, dat in een eerder stadium actie zou kunnen worden ondernomen. Tot zover een punt van kritiek op een technisch detail.

We kunnen ons echter ook meer principieel afvragen, wat we ervan vinden, dat aan appartements-eigenaars door de wetgever onder omstandigheden de macht wordt gegeven om nieuwelingen te weren. Ik had heimelijk gehoopt, dat enkele inzenders deze principiële vraag zouden aansnijden, maar dat is niet gebeurd. Niettemin wil ik op deze plaats wagen om enkele 'principiële' opmerkingen te maken, zonder overigens tot een harde conclusie te komen.

We kunnen constateren, dat we bij de problematiek van de welstandsbepalingen een botsing tussen diverse principes kunnen zien: Basis van de welstandsbepalingen is het recht om 'onder ons', '*entre nous*' te mogen zijn en blijven. Dit beginsel hangt nauw samen met het recht van vereniging en vergadering (art. 8, 9 Grondwet; art. 20 Universele Verklaring; art. 22 BUPO verdrag). Het manifesteert zich ook in de toelaatbaarheid van ballotageregelingen in het verenigingsrecht (boek 2 NBW), de blokkeringsregels bij de vervreemding van aandelen van een BV (boek 2 NBW) etc. Een verband is ook aanwezig met het beginsel van contractsvrijheid, dat de basis van ons overeenkomstenrecht vormt. Dit principe van het '*entre nous*' botst, respectievelijk dreigt te botsen met de volgende uitgangspunten:

a Het recht om zijn eigen eigendom te mogen gebruiken. Vanouds wordt eigendom gezien als een '*droit inviolable et sacré*', een onschendbaar en heilig recht. Het recht op eigendom wordt — in beginsel — door de Universele Verklaring gegarandeerd in art. 17: ieder heeft recht op eigendom; niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd. Deze garantie impliceert uiteraard niet slechts een bescherming van de formele status van eigenaar, maar eveneens het daadwerkelijk gebruik van de eigendom. Maar laten we wel onder ogen zien, dat de eigendom niet meer onaantastbaar (inviolable) is. We kennen het instituut van de onteigening, waarvoor art. 14 Grondwet schadeloosstelling garandeert. En we kennen ook in het privaatrecht gevallen, waarin de eigendom aan een persoon wordt ontnomen vanwege een door hem gepleegde onrechtmatige daad (schadevergoeding in natura: de arresten Pos v.d. Bosch, Bruurs-Haagen; art. 6.1.9.9 NBW). Als ik het wel zie is de weigering van toestemming tot gebruik ex art. 875f lid 4 BW echter een uniek geval, waarin iemand (het gebruik van zijn) eigendom wordt ontnomen, zonder dat daar schadeloosstelling tegenover staat of de rechtsgrond onrechtmatig gedrag van de eigenaar is. Of moeten we de rechtsgrond zoeken in het dreigen van onrechtmatig gedrag? Juist dit laatste zou weer een extra toetssteen bij de rechterlijke beoordeling van de welstandsbepalingen opleveren.

b Het beginsel van het '*entre nous*' botst ook met het verbod van discriminatie (art. 1 Grondwet; art. 7 Universele Verklaring). Nooit mogen welstandsbepalingen worden gehanteerd op een wijze, die strafbare discriminatie oplevert (vergelijk art. 429 quater Strafrecht).

c Tenslotte komt het recht op het 'entre nous' zijn in strijd met het 'recht' op onderdak, het recht op een woning. Huisvesting is een schaars goed; schaarse goederen moeten rechtvaardig worden verdeeld. Voor woonruimte is billijke verdeling de achtergrond van de Woonruimtetwet. Ook hier kunnen wij weer de Grondwet citeren. Art. 22 lid 2 wijst erop, dat bevordering van voldoende woongelegenheid voorwerp van zorg voor de overheid is. Welstandsbepalingen kunnen er toe leiden, dat het recht op woongelegenheid in gevaar komt. Als overal welstandsbepalingen zouden worden gehanteerd, zou woongelegenheid voor bepaalde groepen personen illusoir kunnen worden. Natuurlijk is het zo, dat het volstrekt onwaarschijnlijk is, dat overal welstandsbepalingen zouden worden gehanteerd, maar het is goed dóór te denken en zich voor te stellen, wat er gebeurt als iedereen gebruik zou maken van de door de wetgever in art. 875f lid 4 gegeven mogelijkheid. We krijgen dan een onwenselijke toestand. Onze conclusie uit dit punt zal daarom moeten zijn, dat de toelaatbaarheid van welstandsbepalingen mede afhankelijk is van de mate waarin ervan gebruik wordt gemaakt. Hoe schaarser woningen zijn, waar geen welstandsbepalingen gelden, des te strenger moeten we zijn bij de toetsing van de welstandsbepalingen die worden gehanteerd. Bij de beoordeling van de schaarste aan woonruimte moet men uiteraard letten op de schaarste van het type woonruimte, waarover het gaat, waarbij onder andere de grootte en de prijs een rol kunnen spelen.

Het recht op het 'entre nous' staat tegenover het recht op eigendom, het non-discriminatie-gebod en het woonrecht. Het lijkt drie tegen één te zijn, maar we kunnen constateren, dat de wetgever in art. 875f lid 4 BW toch het 'entre nous' heeft laten prevaleren. Ik wil me — bij wijze van conclusie — niet tegen deze keuze van de wetgever verzetten. Wel lijkt het me op zijn plaats om de gevolgtrekking te maken, dat eventuele welstandsbepalingen streng moeten worden getoetst.

4 De inzenders

Zoals boven reeds werd vermeld heb ik van drie personen een antwoord mogen ontvangen, te weten van: P. Cup (RUU), A.A.J. Kouwenhoven (EUR) en E. Roelvink (RUG).

Alle drie moeten als serieuze inzenders worden gequalificeerd. Mechmet Müsteri zou aan hen goede gesprekspartners voor zijn juridische moeilijkheden hebben gehad. De beste beantwoording was van de hand van A.A.J. Kouwenhoven; aan hem zou ik een honorarium in de vorm van een boekenbon willen toekennen.